

A.I. Nº - 281318.3001/16-1
AUTUADO - COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CALOS MEDRADO SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/11/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0219-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Infrações reconhecidas. 2. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Infração nula, ao teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF-BA/99. Infração Nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/06/2016, exige crédito tributário no valor de R\$94.822,43, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01 - **16.01.01**. Entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Aplicada a multa de 1% sobre cada documento não registrado, resultando no montante de R\$4.210,21;

Infração 02 - **16.01.02**. Entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Aplicada a multa de 1% sobre cada documento não registrado, resultando no montante de R\$7.812,22;

Infração 03-**16.10.04**. Utilização irregular de ECF - Equipamento Emissor de Cupom Fiscal impossibilitado de emitir o Documento de Leitura da Memória Fiscal. Exigida a multa fixa no valor de R\$82.800,00, com a tipificação: Art. 42, inciso XV, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Consta à fl. 19, demonstrativo de apuração do montante da multa sugerida em decorrência da aplicação do valor de R\$13.800,00 para cada ECF, indicando a tipificação da multa como sendo a prevista no art. 40, inciso XIII-A, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 28 a 35, depois de observar a tempestividade da defesa e reproduzir o teor das infrações alinha os argumentos que se seguem.

Diz ser indispensável a necessidade de apreciar a preliminar da autuação ora impugnada, registrando que o RPAF-BA/99, estabelece em seu art. 18, inciso IV, alínea “a”, que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ressalta que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente

formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, entretanto, para que isto ocorra deve ser possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme se compreende da interpretação sistemática do art. 18, inciso IV, linha “a” c/c §1º do multicitado citado art. 18.

Afirma que o Auto de Infração em exame não atinge sua finalidade, porque eivado de vícios e inconsistências, uma vez que não permite identificar a penalidade imposta à infração 03, não podendo por isto ser argüida a exceção prevista no § 2º do mesmo artigo.

Registra que a Fiscalização alega, na infração 03, que a empresa autuada teria *utilizado irregularmente o ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, impossibilitado a emissão do documento Leitura da Memória Fiscal*, razão pela qual aplica multa no montante de R\$82.800,00, utilizando-se, para tanto, a multa prevista no art.42, inciso XV, alínea “c”, da Lei 7.014/96. Assinala que o dispositivo legal mencionado, além de ter sido revogado pela, quando da sua vigência previa uma multa no valor de R\$460,00, e não de R\$82.800,00.

Afirma que pela tipificação indicada pelo Fiscal autuante encontra-se impossibilitado de elaborar sua defesa, seja porque o dispositivo mencionado não corresponde à penalidade que está sendo imposta, seja porque o mesmo já se encontra revogado.

Assinala ser claro o vício constante no aludido Auto de infração, uma vez que a Fiscalização equivocou-se no enquadramento da infração/penalidade imputada, dificultando o exercício, pela empresa autuada, do seu direito ao contraditório e ampla defesa, o que macula de nulidade o auto ora impugnado.

Ressalta que a mesma solução já fora atribuída pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual CONSEF, no Auto de Infração nº 110427.0012/05, conforme trecho do Acórdão CJF Nº 0255-11/08, que reproduz. Arremata observa que o vício ora indicado, qual seja, o erro na tipificação da infração, pode e deve ser conhecido de ofício pela Junta de Julgamento, por se tratar de questão de ordem pública, conforme destacado no referido julgado deste CONSEF.

Requer a decretação da nulidade do auto de infração pela autoridade competente, pelos argumentos, fatos e provas apresentados.

Ao cuidar do mérito da autuação, inicialmente afirma que reconhece a procedência das infrações 01 e 02, asseverando ser devida a multa aplicada é devida.

Em relação à infração 03 que cuida da utilização irregular do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal -ECF, impossibilitado a emissão do documento Leitura da Memória Fiscal, afirma que em razão da aludida infração, aplica multa no montante de R\$82.800,00, utilizando-se, para tanto, a multa prevista no art. 42, inciso XV, alínea “c”, da Lei 7.014/96.

Destaca que esta infração não merece prosperar. Frisa que Lei nº 9.532/97 alterou a legislação tributária, estabelecendo que as empresas que exercem as atividades de venda ou revenda de bens a varejo e as empresas prestadoras de serviços estão obrigadas ao uso de ECF. Lembra que o Estado da Bahia, por sua vez, editou o Dec. nº 7.636/99, dispondo sobre a obrigatoriedade de uso de equipamento do ECF, porém o mesmo fora revogado pelo Dec. nº 8.882/04, o qual determinou que as normas reguladoras da utilização do ECF estariam inseridas no RICMS-BA.

Registra que, dentre outras questões, o Capítulo II do RICMS-BA trata das espécies de ECF, orienta a sua utilização pelos contribuintes, e, ao tratar da escrituração fiscal, deixa clara a obrigatoriedade de emissão da Leitura da Memória Fiscal, consoante o Parágrafo Único do art. 236 do RICMS-BA/12.

Revela que o RICMS-BA, no entanto, não trata das hipóteses de utilização irregular do ECF. Registra que a SEFAZ-BA disponibiliza a cartilha (*Nova Cartilha | Coletânea de perguntas e respostas atualizadas sobre o equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF*) com as principais

dúvidas dos usuários e respectivas respostas, na qual m quais seriam essas hipóteses de utilização irregular do equipamento, cujo trecho reproduz.

Ressalta inclusive, que hipóteses de caso fortuito ou força maior sequer são tratadas especificamente na legislação baiana, inexistindo qualquer amparo legal ao contribuinte diante de situações desta natureza.

Assinala que no caso dos autos, a Fiscalização alega que a empresa contribuinte teria utilizado irregularmente a ECF, tão somente porque o equipamento estaria impossibilitado de emitir a Leitura da Memória Fiscal. Diz que em momento algum é explicitado qual a razão desta impossibilidade, nem ao menos para apontar uma utilização desvirtuada do equipamento pelo Autuado. Afirma que o autuante apenas por deparar-se com não emissão da Leitura da Memória Fiscal, entendeu que teria sido cometida uma infração.

Observa que, conforme “Laudos de Cessação de Uso” em anexo, fls. 50 a 54, emitidos pelas empresas credenciadas (INFORMAK e BMI TECNOLOGIA) referentes ao período fiscalizado, o equipamento apresentou problemas referentes à emissão da Leitura da Memória Fiscal.

Destaca que se o equipamento apresenta um problema, o qual fora devidamente detectado pelas empresas credenciadas autorizadas para efetuarem a intervenção técnica na ECF, e em se tratando de um defeito que em nada se relaciona a qualquer conduta da empresa contribuinte. Questiona como pode lhe ser imputado a utilização irregular do mesmo.

Informa que respeitando o procedimento previsto na legislação, diariamente extraía da ECF e imprimia a Leitura da Memória Fiscal, além de ter efetuado a devida escrituração nos livros fiscais, os quais refletem as leituras da memória fiscal extraídas da ECF, e que, portanto, servem como documentos comprobatórios para fins de levantamento fiscal.

Esclarece que o defeito no equipamento que deu ensejo à autuação apenas ocorreu no momento da fiscalização, sendo que as leituras da Memória Fiscal impressas no decorrer do exercício, bem como os demais documentos contábeis do exercício examinado, como livros fiscais e reduções “Z” poderiam e ainda podem ser utilizadas pela Fiscalização.

Os livros fiscais com a escrituração das notas fiscais emitidas no período fiscalizado se encontram em anexo, ressaltando, todavia, que apenas foram impressos os registros do último dia de cada mês dos exercícios de 2012 e 2013, para fins de amostragem, sendo inviável a impressão de todos os registros diante do alto volume de operações no período.

Diz juntar aos autos algumas reduções “Z” por amostragem, e a leitura de memória fiscal impressa pela ECF dos exercícios de 2012 e 2013, ressaltando que o fiscal diligente, através da análise toda a documentação acostada e disponibilizada na empresa autuada, pode perfeitamente constatar que os cupons fiscais emitidos pelos ECFs foram devidamente registrados na escrituração fiscal do autuado.

Ressalta que seguiu toda a recomendação da legislação, de modo que, tão-somente, a empresa credenciada efetuou a intervenção técnica na ECF quando detectados os problemas de emissão de documentos fiscais, nos termos da Portaria 299/12. Diz que exigiu das empresas credenciadas a emissão dos laudos técnicos mencionados alhures, exigidos pela legislação nas hipóteses de problemas com emissão de documentos através do ECF, como se infere do §3º do art. 5º da Portaria 299/12, cujo teor reproduz.

Afirma que se está diante de um claro problema técnico nos equipamentos de ECF, devidamente registrados através dos laudos técnicos emitidos pelas empresas credenciadas, todos em anexo, razão pela qual utiliza os livros fiscais do período fiscalizado (exercícios de 2012 e 2013), bem como reduções “Z” e a leitura da memória fiscal impressa pela ECF do exercício em análise para fins de comprovação do registro das operações e respectivas notas fiscais. Arremata frisando restar evidenciada a improcedência da autuação neste particular.

Tece considerações sobre a multa aplicada na infração 03, uma vez que a Fiscalização utiliza como fundamento a previsão do art.42, inciso XV, alínea “c”, da Lei 7.014/96, destacando que o citado dispositivo foi revogado pela Lei nº 7.667/00.

Frisa que no presente Auto de Infração se está diante de uma penalidade não mais existente, uma vez que lastreada em dispositivo normativo revogado. Acrescenta frisando que está sendo compelido ao pagamento de uma multa no valor de R\$82.800,00, sendo que o art. 42, inciso XV, alínea “c”, da Lei 7.014/96 previa uma multa no valor de R\$460,00.

Relata que restou demonstrado que a infração 03 não procede, e que houve o devido recolhimento do imposto, bem como o cumprimento das obrigações acessórias, apenas se constatando um defeito na impressão da Leitura da Memória Fiscal no momento da fiscalização.

Afirma que o que ocorrera foi um suposto descumprimento de obrigação acessória - que seria a não impressão da Leitura da Memória Fiscal – ressaltando que sempre foi impressa durante todo o período fiscalizado, o que permitia que a apuração fosse realizada pelo Autuante, mesmo diante do defeito apresentado pelo equipamento ECF quando da fiscalização.

Sustenta que, em se tratando de suposto descumprimento de obrigação acessória, deve ser aplicado o disposto no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, cujo teor reproduz.

Observa que o referido dispositivo trata da redução ou cancelamento da multa, sendo que, no caso dos presentes autos, a solução mais adequada seria o cancelamento, uma vez que provada a ausência de responsabilidade da autuada no tocante ao defeito no equipamento ECF, e considerando ainda que fora imposta uma multa com base em um dispositivo não mais vigente.

Afirma que, acaso este não seja o entendimento dos Julgadores, requer a redução da multa, nos mesmos parâmetros indicados na jurisprudência citando como exemplos diversos acórdãos, CJP Nº 0125-12/07, CJP Nº 0065-12/06, CJP Nº 0298-11/06, CJP Nº 0206-12/05.

Pondera que na remota hipótese de não serem acolhidas as preliminares de nulidade ou as matérias de mérito anteriormente suscitadas, cumpre ressaltar que em defesa do autuado as seguintes matérias de defesa para impugnar o lançamento de ofícios.

Cita o art. 145 do RPAF-BA/99 que trata da solicitação de diligência fiscal para aduzir esclarece que os fatos revelados nessa peça de defesa são suficientes para que qualquer julgador do CONSEF, e mesmo o fiscal autuante, concorde com a necessidade de revisão do auto ora impugnado. Continua explicando que por diligência entende-se a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste no levantamento, informação e cálculo que vise à elucidação da matéria suscitada e que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Requerer diligência fiscal para que diligente proceda à apuração das Leituras de Memória Fiscal impressas da ECF, bem como de todas as operações registradas nos livros fiscais dos exercícios de 2012 e 2013, bem como das reduções “Z”, haja vista que apresenta em anexo apenas os registros do último dia de cada mês dos exercícios de 2012 e 2013, para fins de amostragem, haja vista ser inviável a impressão de todos os registros diante do alto volume de operações no período.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração 03, acolhendo-se a preliminar suscitada, ou Parcialmente Procedente, sendo reduzido para o montante de R\$12.022,43, haja vista a procedência, tão-somente, das infrações 01 e 02.

Requer, sucessivamente, na eventual hipótese de ser mantida a infração 03, requer o cancelamento ou a redução da multa aplicada, nos termos do art. 42, §7º, da Lei 7.014/96.

O autuante presta informação fiscal, fl. 796, explicando em relação às infrações 01 e 02 a norma regulamentar determina a escrituração das entradas “a qualquer título”, de modo que mesmo as operações que não transitarem pelo estabelecimento estão igualmente sujeitas ao registro.

Observa dispositivo legal é claro quanto à universalidade da obrigação de registro e não cria exceções, como as alegadas pelo autuado.

Esclarece que as notas fiscais cujo registro é objeto da autuação são emitidas sob a sistemática nacionalmente regulada pela legislação da Nota Fiscal Eletrônica, descabendo ao autuando quaisquer alegações quanto ao desconhecimento da sua emissão, não justificando a inderrogável falta do seu registro. Por fim, reproduz o teor do art. 217 do RICMS-BA/12.

Em relação à infração 03, assevera que a impossibilidade da entrega de arquivos digitais da Memória Fiscal dos equipamentos emissores de cupom fiscal ao Fisco pelo impugnante importa efetivo impedimento dos devidos procedimentos de auditoria, na medida em que se tratando de empresa varejista a apuração de débitos depende majoritariamente das saídas registradas através do ECF, razão da intensidade da penalidade impostas pelo legislador, conforme dispõe o item 1.1, da alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração é constituído de três infrações à legislação tributária do ICMS consoante descrição circunstanciada no preâmbulo do relatório.

Em relação às infrações 01 e 02, o sujeito passivo em sua defesa reconhece expressamente a procedência desses dois itens da autuação. Logo, ante a inexistência de lide, restam mantidas as infrações 01 e 02.

A infração 03 imputa ao sujeito passivo a utilização irregular de ECF impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”, no exercício de 2012, de acordo com art. 236, Parágrafo Único do RICMS-BA/12, conforme enquadramento legal indicado.

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado em relação à infração 03, sob o fundamento de que a multa prevista no inciso XV, alínea “c” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sugerida e tipificada no Auto de Infração para a irregularidade apurada de utilização irregular de ECF impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”, sob o fundamento de que o referido dispositivo além de ser sido revogado quando vigente previa uma multa de R\$460,00.

Ao compulsar as peças que compõem o contraditório atinente a acusação fiscal consubstanciada nesse item da autuação, precipuamente depois de examinar os argumentos defensivos do sujeito passivo ao abordar o mérito da infração, constato que, efetivamente, o autuante equivocou-se na capitulação da multa sugerida no Auto de Infração, fl. 02, haja vista o dispositivo indicado fora efetivamente revogado pela Lei nº 7.667, de 14/06/00. Constato também que no demonstrativo de apuração desse item da autuação, acostado à fl. 19, mais uma vez o autuante se equivoca na tipificação da penalidade, autuado ao indicar a penalidade como sendo prevista no art. 40, inciso XIII-A, alínea “c”, dispositivo também inexistente na Lei 7.014/96.

Assim, tendo em vista a tipificação incorreta e contraditória da sanção apontada pela fiscalização no Auto de Infração, entendo que restou prejudicado o exercício da ampla defesa pelo impugnante.

Ademais, além da desconformidade da indicação da sanção, na descrição da acusação fiscal não consta expressamente a irregularidade cometida, ou seja, não ter sido solicitada a cessação de uso dos ECFs, objeto da autuação, como especificado, se considerada a tipificação correta da multa, no item 1.1, da alínea “c”, do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“Art. 42

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

c) R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais):

1. ao contribuinte que:

1.1. não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal” ou de exportar os dados da Memória Fiscal ou da Memória de Fita-detelhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;”

Logo, ficam patentes as divergências na descrição da infração apurada e com erro na tipificação legal da infração e da multa aplicada, vícios esses somente superados com a lavratura de um novo Auto de Infração.

A autuação foi efetuada de modo equivocado e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Concluo que o item 03 da autuação, nos termos do art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, é nulo por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281318.3001/16-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$12.022,43**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA